

Die Rolle der Gewohnheit (des Gewohnheitsrechtes) im Laufe der Entfaltung und Entwicklung der *longi temporis praescriptio(nes)*

In den verlaufenen Jahrhunderten wurde es recht viel über das Gewohnheitsrecht und die *longi temporis praescriptio* (des Weiteren: *ltp*) geschrieben. Die Anzahl der diesbezüglichen Werke ist ungeheuer hoch. Über die Beziehungen der beiden Institutionen, Begriffe zu einander ist jedoch gar nicht viel in den einschlägigen Werken veröffentlicht worden; trotz dem, daß — wie es später noch erläutert wird — die beiden Begriffe fest miteinander verbunden sind und — unserer Meinung nach — hauptsächlich das Gewohnheitsrecht einen wichtigen, sozusagen entscheidenden Einfluß auf die Entfaltung und Entwicklung der *ltp* in der Kaiserzeit ausgeübt hat.

Unsere Untersuchungen können in zwei größere Teile zerlegt werden. Zuerst versuchen wir aufzuklären, was in den verschiedenen Perioden des römischen Rechtes — unserer Meinung nach — das Gewohnheitsrecht war, d.h., was die Römer unter Gewohnheitsrecht verstanden haben. In diesem Zusammenhang halten wir es für nutzvoll, notwendig und unerlässlich, außer die *consuetudo* auch einige sinnverwandte Begriffe oder Benennungen (wie z.B. *mores*, *vetustas*, usw.) kurz zu behandeln.

Im zweiten Teil der Arbeit versuchen wir die Frage zu beantworten, inwieweit das Gewohnheitsrecht einen Einfluß auf die Entstehung, Änderungen und Entwicklung der *ltp* ausgeübt hat.

Von den Obigen kommt es schon hervor, daß die Zielsetzung unserer Arbeit keineswegs eine monographische Behandlung des Gewohnheitsrechtes oder der *ltp* ist. Wie schon erwähnt, dieser Aufgabe wurde es schon durch eine große Anzahl von Gelehrten und sehr gut Genüge getan. Demzufolge wird diese Frage hier höchstens per tangenterem behandelt. Um kurz zusammenzufassen ist unsere Zielsetzung, ein kleineres Teilgebiet etwa aufgrund der bisherigen — und unserer Meinung nach recht tiefdringenden — Forschungen und infolge derselben klarzustellen, welches bisher bei der monographischen Bearbeitung unseres Hauptgegenstandes nicht erörtert worden ist.

I.

1. — Die erste zu beantwortende Frage lautet also: „was ist das Gewohnheitsrecht laut der Auffassung des römischen Rechtes?“

Es ist seltsam — oder vielleicht gar nicht seltsam — daß man bei den Römern gar keine Definition des Gewohnheitsrechtes finden kann. Es gibt

zahlreiche Umschreibungen, hie und da stehen Hinweise auf die verschiedenen Funktionen, Wirkungen des Gewohnheitsrechtes, jedoch fehlt aber seine konkrete, eindeutige, einheitlich angenommene Bestimmung. Irgendwie schaut es ebenso aus, wie mit dem Eigentum. Das Rechtssystem von Rom war zwar auf das Eigentum aufgebaut, jedoch findet man nirgends die Definition dieser Grundinstitution.

Möglicherweise trug zu diesem Phänomen auch der Umstand bei, daß das Gewohnheitsrecht zu erst, etwa am Anfang der Kaiserzeit, in den Werken der Rhetoren und Philosophen, nicht aber der Rechtsgelehrten behandelt worden ist.¹ Das Erscheinen des Gewohnheitsrechtes als Rechtsbegriffes — mindestens in den Juristenschriften — läßt auf sich noch warten, und zwar bis zur Zeit des mehr oder minder der interpolatio anschuldigten Iulianus,² was schon in sich darauf hinweist, daß vielleicht doch nicht bei ihm die erste, irgenwelche Bestimmung dieses Begriffes vorkommt. Letztthin bezieht sich wahrscheinlich auch Gaius auf das Gewohnheitsrecht, als er das vom consensus stammende Recht — in einem familienrechtlichen, bzw. erbrechtlichen Zusammenhang — unter den Rechtsquellen erwähnt (3.82.).

Trotz dem, wenn man alle bisherige Forschungen nebeneinanderstellt, scheint es, als ob das Gewohnheitsrecht, als ein schon entfalteter Begriff, irgendwo im II. Jahrhundert u.Z. erschienen gewesen wäre — mindestens in der Praxis — und man von dieser Zeit an von einem „quasi bewußten“ Gewohnheitsrecht,³ als einer Rechtsquelle, oder als einem rechtsformenden Faktor⁴ sprechen dürfte.

2. — Vielleicht wäre es nicht ganz konformistisch, unsere meritorische Arbeit mit einer, sich auf den durch die Bearbeitung und Bewertung der Quellen erzielten Ergebnissen anderer Forscher stützenden Bestimmung des Gewohnheitsrechtes zu beginnen. Man kann wohl sagen, daß dies ein recht gefährliches Gebiet sei und man sich dadurch sehr vielen Anfällen aussetzen könnte; jedoch erachten wir diese Methode für zweckdienlich.

Unserer Meinung nach ist das Gewohnheitsrecht eine *langanhaltende*,

¹ Bezüglich der Quellen und auch der Zitate siehe W. Flume: *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* (Opladen, 1975; des Weiteren: a. W.).

² D. 1.3.32.1.

³ Es gab ja ein Gewohnheitsrecht so in den Zeiten bevor dem Zwölftafelngesetze wie auch danach. Schließlich ist auch das Zwölftafelngesetz nichts anderes, als eine schriftliche Zusammenfassung und Systematisierung des Gewohnheitsrechtes bis dahin. Hinweisend auf die Vormundschaft des Verschwenders sagte Ulpianus, daß dieselbe schon im Zwölftafelngesetze aufzufinden gewesen wäre, zwar dies „ab initio... moribus (also durch Gewohnheitsrecht) introductum est“ (D. 27.10.1. pr.).

⁴ Laut einer allgemeinen Auffassung hätten nur die Klassiker das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt; s. Fußnote 45. Wie kompliziert aber diese Frage ist, das kommt vom Werke „*Ius, Lex, Praetor*“ von C. Gioffredi (SDHI, 1947—48, S. 81.; des Weiteren: a. W.) hervor, wo er zum Beispiel folgendes schreibt: „...carattere consuetudinario di gran parte del diritto romano“. — Das selbe steht bei Lewy in der Zusammenfassung von Seidl: *Bericht über den dritten deutschen Rechtshistoriker Tag in Jena, 24—26 Oktober 1932* (SZ, 1933 von S. 640 bis S. 643; des Weiteren: a. W.). Zur selben Zeit anerkannt aber auch Gioffredi das Gewohnheitsrecht erst vom Alter der Postklassiker als einen rechtsschaffenden Faktor (ang. W., S. 81). — Schulz hält ein jedes Gewohnheitsrecht mit privatrechtlichem Inhalt für interpoliert; Seidl: a. W., S. 641.).

allgemein angenommene und für verbindlich erachtete Praxis mit Rechtsinhalt.⁵

Bei dieser Definition lassen wir außer acht, daß die einzelnen, in den verschiedenen Perioden das Gewohnheitsrecht bildenden Faktoren vielleicht verschiedene Meinungen gehabt haben und, daß in den einzelnen Perioden auch andere Gesichtspunkte maßgebend gewesen sind. Schließlich ist es sicher, daß diese Definition von den iustinianischen Rechtsquellen abzuleiten ist.

- a) Wir sind der Meinung, daß das erste Kriterium („langanhaltend“, „von langer Dauer“, „seit einer längeren Zeit bestehend“) nicht bestritten werden kann. Dieses Kennzeichen war nämlich immer, jederzeit bekannt und kann weder umstritten, noch bewiesen werden.
- b) Das zweite Kriterium, nämlich die *allgemeine* Gültigkeit der These kann hie und da schon stark umstritten werden. Was sollte nämlich das Wort „allgemein“ bedeuten? Bedeutet es vielleicht, daß der Willen des *ganzen Volkes* sich verwirklicht? Also, daß wir mit dem „*concludens factum*“, mit dem Nicht-Protestheben des ganzen Volkes zu tun haben, oder kann es gegebenenfalls auch mehr beschränkt sein? Und diese Frage kann ja recht schwer beantwortet werden. Es ist damit anzufangen, daß auch die römischen Quellen selbst sehr oft über *mos regionum*, *ius particulare*, *ius provinciale* reden. Sie stimmen also ausdrücklich zu, daß nicht nur der ganze *populus*, aber auch kleinere Gesellschaften, überwiegend *civitates*, die Möglichkeit gehabt hätten, ein Gewohnheitsrecht auszubilden. Iulianus weist ausdrücklich darauf zu, als er schreibt: „... *licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.*“ (D. 37. 15.2). Die Realität, die Tatsächlichkeit (*re ipsa*) und die Meinung der Menschen (*opinio hominum*) bringt ein Recht, *infamiae notam* zustande. Und dieser Umstand ist in den Nachfolgenden, wo wir über die *ltp* sprechen, in erhöhtem Maße in Betracht zu ziehen.

3. — Gleichzeitig müssen wir jedoch auch einen kleinen Umweg machen. Denn laute es auch wie eigenartig, und gebe es viele, die nicht einverstanden seien, ist es unerlässlich, sich anlässlich dieses Gegenstandes mit der Rechtschaffung der Prätores, dem Recht der Rechtsgelehrten und mit der Gerichtspraxis zu beschäftigen. Für die herkömmliche Auffassung kann es vielleicht zwar eine kühne und sogar überraschende Ansicht sein, sind wir jedoch der Meinung, daß die dreie — mindestens in Beziehung auf die *ltp* — so betrachtet werden könnten, als eine Unterart des Gewohnheitsrechtes,⁶ d.h., als

⁵ Es ist eine allzu globale und übereilte Äußerung, nur den langen Zeitraum und den *consensus* des Volkes als eine Grundlage oder Bedingung des Gewohnheitsrechtes zu betrachten, wie es B. Smiedel tut (*Consuetudo im klassischen und nachklassischen Römischen Recht*, Graz—Köln, 1966., des Weiteren: a. W., von S. 58. an).

⁶ Durch eine gewissermaßen andere Annäherung erreicht S. Riccobono beinahe das selbe Ergebnis. Er schreibt in seinem Werke „*Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*“ (Milano, 1949) nämlich folgendes: „... il frammento di Giuliano (D. 1.3.32.) — (größtenteils als interpolationenfrei beurteilt auch durch Guarino: *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, 1956., des Weiteren: a. W., S. 188.) — contenesse il pensiero classico, quale era nella tradizione giuridica, onde nella compilazione esso trovo posto come notizia di carattere storico.“ Seiner Meinung nach wäre das Gewohnheitsrecht keine so wichtige Schöpferkraft oder Rechts-

eine — wenn auch nicht im Sinne eines terminus technicus verstandene — gewohnheitsrechtliche Äußerung. In heutige Worte gekleidet handelt es sich um das Präzedenzrecht⁷ (wie das auch schon die Römer zum Ausdruck gebracht hatten).

a) Wird nämlich die „Rechtsschaffung“ der Prätores betrachtet, so findet man sich dem Prinzip „*praetor ius facere non potest*“ entgegen, d.h., der Prätor war formell nicht berechtigt Recht zu schaffen. Trotz allem dem, wenn wir über das Prätorienrecht sprechen, wie auch die Quellen es tun, dann wird darunter keineswegs verstanden, als ob der Prätor in seinem Edikt irgendeine Stellungnahme, eine Mitteilung, ein Prinzip, also „Recht“ veröffentlicht gehabt hätte, sondern viel mehr, daß einige Äußerungen auch durch die späteren Prätores übernommen worden sind und diese Prinzipien somit nach einiger Zeit allgemein, einfach und gewöhnlich angenommen worden sind. Dies ist also, was eigentlich eine längere Zeit gebraucht hatte: das Allgemeinwerden, die Überzeugung und Meinung des rechtssuchenden Publikums. Im wesentlichen ist die Existenz, die Rechtsbeschaffenheit des Prätorienrechtes nicht dem Edikt, der Schriftlichkeit oder dem Obermagistrat, sondern dem Allgemeinwerden durch eine längere Zeit zuzuschreiben. Unserer Meinung nach, als die Disposition eines Prätorienediktes allgemein worden ist, war für das rechtssuchende Publikum, für die Menge gar nicht mehr klar, woher, von welchem Prätor dieselbe Bestimmung stammte.⁸

b) Das selbe Phänomen ist gleichfalls — obwohl mit einer gewissen Schwerpunktüberlegung — auch bei den Rechtsgelehrten aufzufinden. Es ist zwar zweifellos, daß ein *responsum* eines, mit dem Recht des *ius respondendi* bekleideten Rechtsgelehrten seit Kaiser Augustus — seiner diesbezüglichen Verfügung entsprechend — verbindlich war, jedoch trifft man in den Schriften oft solche Rechtswissenschaftler, die sich auf die Meinung eines früheren, mit dem *ius respondendi* nicht bekleideten Gelehrten — als auf ein Präzedenz

quelle gewesen, als es in anderen Rechtssystemen war, einfach deshalb, weil „... *vi erano organi e sistemi, non appena una consuetudine germogliava, la assumevano e la trasformavano in diritto positivo.*“ Solche Faktoren seien: *ius gentium*, *ius honorarium*, *cognitio extra ordinem* und die Rechtswissenschaft. „Da un certo punto di vista, dunque e con la detta spiegazione, si potrebbe dire, che tutto il diritto romano più progredito, non badando organi che lo attuano, è un prodotto della consuetudine“. (Von S. 147. an.). U.a. sind das *edictum*, das Rechtsgelehrtenrecht und die Judikatur schon bei Pernice mit einer gewissermaßen speziellen Bedeutung, als gewisse, mit dem Gewohnheitsrecht eng verknüpfte Erscheinungen erwähnt (Zum römischen Gewohnheitsrechte, SZ. 20, 1899, S. 128.). Kaser hat seinen Standpunkt in der II. Ausgabe seines Werkes „*Römisches Privatrecht*“ (des Weiteren: Rpr.) gewissermaßen zu Gunsten des Gewohnheitsrechtes verändert (S. 196.).

⁷ Zwar ziemlich beschränkt — mit Bezugnahme nur auf Entscheidungen von der Kaiserzeit — deklariert Iustinianus für verbindlich, daß „*omnes omnino ... iudices, ... sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus*“. (C. 1.14.12. pr.) Ebenfalls bei ihm, an Stelle C. 7.45.13., findet man nämlich auch das Entgegengesetzte: „... *non exemplis sed legibus iudicandum est*“. (Beide stammen vom Jahre 529!)

⁸ Ausnahmsweise beruft sich der Prätor auch formell auf das Gewohnheitsrecht und deutet auch dadurch an, daß er aufgrund des Gewohnheitsrechtes und nicht eines, durch ihn kreierten Rechtes vorgehe. S. zum Beispiel § 3.4/a. des PS, wo folgendes zu lesen ist: „*Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo*“ usw.

— berufen,⁹ ganz abgesehen davon, daß das „Ausführungsgesetz“ selbst irgendwie darauf hinweist, daß der erste, maßgebende Gesichtspunkt die Meinung der Mehrheit sei. Als aber diese kaiserliche Verordnung auf die Majorität hinweist, erwähnt sie eine kleinere Gemeinschaft; es darf nicht vergessen werden, daß diese, sich aufeinander berufenden Rechtsgelehrten von einander gegebenenfalls durch Jahrhunderte in der Zeit getrennt gewesen waren, aber auch durch diese Zeit gewisse — durch einander bestärkte — Ansichte, Entscheidungen von Rechtsgelehrten maßgebend sein müssten. Diese Meinung ist also die übereinstimmende Meinung einer Gemeinschaft. „Quorum (d. h., der Rechtsgelehrten) omnium, si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet“ — schreibt Gaius (1.7).

Wir glauben deshalb, daß auch das Rechtsgelehrtenrecht irgendwie in den Kreis des Gewohnheitsrechtes einzufügen wäre; wenn auch nicht mit der Bedeutung eines *technicus*, da das genaunommene Rechtsgelehrtenrecht primär in schriftlicher Form uns überliefert wurde. Seine Entwicklung und sein Lebensende aber liegen ganz nahe dem Gewohnheitsrechte.¹⁰

Letztthin hat auch der Rechtsgelehrte seine Meinung im allgemeinen mündlich gegeben und somit hat sich dieses Recht in erster Linie in dieser Form verbreitet und sich zum Allgemeingute, d.h., Gewohnheitsrechte ausgewachsen. Nach einer gewissen Zeit kann man auch in diesem Falle nicht mehr wissen, von wem eigentlich der erste Beschluß stammte, worauf sich später die Parteien, die späteren Juristen und die Gerichte beriefen.¹¹

Schließlich muß man sich der Tatsache bewußt sein, daß das Rechtsgelehrtenrecht erst unter Iustinianus kodifiziert, also in einem Gesetzbuche zusammengefaßt worden ist. So weit war dieses Recht mit Hilfe der einzelnen Richtersprüche, oder der einzelnen Schriften der Rechtsgelehrten zu erkennen. Diese Feststellung gilt für Rom, nicht aber für die Provinzen. Werden die Umstände, also der ungeheure Umfang des Römischen Reiches, die Tatsachen, daß es kaum einige Schreibkundigen gab, daß die Bücher als Rarität galten und sozusagen Goldes wert waren, daß man über öffentliche Sicherheit gar nicht reden konnte (und die Gründe könnten noch weiter vorgezählt werden), betrachtet, so kann man sich gar nicht vorstellen, daß den Gerichten in den Provinzen irgendwelche schriftliche Anleitung, rechtswissenschaftliche Sammlung — sogar Sammlungen — in einer organisierten Weise, also nicht nur zufällig, sporadisch zur Verfügung gestanden wäre(n).

Nur das Präzedenzrecht ist verfügbar gewesen, und es blieb der Zwang, sich auf einzelne Ansichten, Entscheidungen der Rechtsgelehrten zu berufen. Was soll denn aber das sein, wenn nicht eine Art Gewohnheitsrecht?

Es sind oder konnten Jahrhunderte so vergehen — somit ist also die langanhaltende Praxis gegeben.

⁹ „...consuetudo praecedens ... custodienda est“ (C. 8.52.1.).

¹⁰ Bezüglich seines Zustandekommens weist schon Pomponius (D. 1.2.2.) auf irgendeinen desgleichen Prozeß hin, als er folgendes schreibt: „...sine scripto venit compositum a prudentibus.“ Ähnlich, oder noch prägnanter äußert er sich im D. 1.2.2.12.: „... proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit“. Diesbezüglich s. die Rezension von W. Waldstein über das ang. W. des Flume. Keiner von ihnen sieht irgendeine Möglichkeit, das Rechtsgelehrtenrecht in den Kreis des Gewohnheitsrechtes einbeziehen zu können (SZ. 93., 1976, — des Weiteren: a. W., S. 338., besonders aber Fußnote 38 an S. 369). Ebenso bei Gioffredi, a. W. S. 82., und Fußnote 141.

¹¹ Dem ist auch die Äußerung des Iulianus an Stelle D. 28.6.31.1. ähnlich: „... nam ita hoc prudentes (also ohne Benennung!) interpretati sunt.“

Dieses Recht wird allgemein angenommen, da es kein anderes gibt, keine andere Rechtsquelle zur Verfügung steht.

Es ist auch verbindlich, da es in der Relation zwischen den Parteien, im praktischen Leben und — falls ein Streit entsteht — auch vor den Gerichten zur Geltung gelangt.

Die stereotype Klausel, „hoc iure utimur“, welche sehr viele Äußerungen der Rechtsgelehrten abschließt, bestärkt unseren Standpunkt. Diese Klausel kann darauf hinweisen (und oft weist sie auch darauf hin), daß die Rechtsgelehrten das *responsum* einer sich schon entfaltenen Praxis entsprechend, also mit Anruf eines „*sine scripto*“ zustande gekommenen Rechtes gegeben haben. Was soll das sein, wenn nicht eben ein Gewohnheitsrecht?¹²

Die Tätigkeit der Rechtsgelehrten („*sine scripto in sola interpretatione*“ — D. 1.2.2.13.) wächst meistens von der Praxis aus. Wenn sie aber die selbe aufsetzen, z.B. ohne ein *responsum* zu geben, dann kann ihre *interpretatio* eigentlich Recht — Gewohnheitsrecht — für die Zukunft schaffen. Ihre Tätigkeit ist also gewissermaßen eine zwischengeschaltete und übermittelnde Tätigkeit. Mit ihrer *interpretatio* formen sie die schon vorhandene Praxis und entwickeln dieselbe weiter. Das so weiterentwickelte „Recht“ kann dann — wenn es vom Volk, vom rechtssuchenden Publikum angenommen worden ist — wieder in der Form des Gewohnheitsrechtes erscheinen. Darauf weist die Klausel „hoc iure utimur“ hin, die mit der unpersönlichen Mehrzahl nicht den die *interpretatio* vollziehenden Rechtsgelehrten, sondern die die *interpretatio* schon seit einer längeren Zeitdauer akzeptierende Gemeinschaft bezeichnen will.

Die über das Präzedenzrecht bisher gesagten haben im modernen Recht keine wichtige Rolle, da sie Institutionen des römischen Rechtes gewesen sind. Und dazu noch eine wichtige Sache zu bemerken: beide, im Vorigen erwähnten Institutionen sind auch in den Werken über das römische Recht unter den Rechtsquellen, den auch allgemein anerkannten „*fontes iuris*“ (zwar nicht als irgendein Gewohnheitsrecht) aufgeführt.

c) Das dritte solche „Gewohnheitsrecht“ irgendwelcher Art ist die Gerichtspraxis, die auch schon in der modernen Rechtstheorie zu finden ist. Jedoch ist es ganz bis den heutigen Tag nicht eindeutig entschieden, ob die Rechtspraxis oder Judikatur (das *Dezisionsrecht*?) als eine Rechtsquelle zu betrachten sei oder nicht.

Die Römer haben in dieser Hinsicht allgemein anerkannt, daß auch die Rechtspraxis eine Art Rechtsquelle wäre (selbstverständlich gilt dies für die Zeitperiode, in welcher Berufsgerichte schon existierten).¹³

In seiner Äußerung weist darauf Iustinianus (C. 1.17.10.) unmißverständlich und eindeutig hin: „... *haec tantummodo obtinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit, secundum Salvi Iuliani scripturam, quae indicat debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi* ...“

Übrigens ist diese Quelle nicht nur geeignet,

¹² In dieser Hinsicht ist unsere Meinung weit vom Standpunkt des Flume entfernt, der die Obigen bezweifelt (a. W. S. 16.)

¹³ Ulpianus — den Sextus zitierend — nimmt den Standpunkt ein, daß das Urteil kondemnierend sein sollte, da „... *sic esse saepe iudicatum*“ (D. 29.5.1.27.)

- die Rechtspraxis mit der *consuetudo* zusammen erwährend die Rolle der beiden als Rechtsquelle zu betonen (wie auch Fragment D. 1.3.38)¹⁴,
- sondern auch zu ermöglichen, die allgemeine Meinung, welche die Äußerung des Salvius Iulianus (D. 1.3.32. pr., wie oben erwähnt) bezüglich des Gewohnheitsrechtes in ihren Ganzen als interpoliert betrachtet, mindestens anzuzweifeln. Unsererseits kann, im Zusammenhang mit dieser Stelle bei Iulianus, nur in Frage kommen, daß es schon früher, noch vor Iustinianus, eine interpolatio stattfand, es waren also wahrscheinlich nicht die Kompilatoren des Iustinianus, die gegebenenfalls eine Änderung in dem Originaltext vorgenommen hatten.

Übrigens glauben wir, daß da, was die Tätigkeit und den Standpunkt des Iulianus anbelangt, keineswegs ein bloßer Zufall zu suchen ist. Wie es aus den bisherigen Äußerungen hervorkommt, es ist Iulianus, der im Zusammenhang mit dem Gewohnheitsrecht, der außergesetzlichen Rechtsgebung in den Quellen meistens und überwiegend zitiert wird. Davon folgt es vernunftgemäß, daß er bewußt war, das Recht habe seine Entwicklung nicht nur der Tätigkeit der sogenannten offiziellen Rechtsgebern zu danken, sondern auch sonstige „rechtsschöpfende“ Faktoren, wie z.B. Gewohnheitsrecht, Rechtspraxis, eine wichtige Rolle in diesem Vorgang spielten. Diesbezüglich kann eine, bisher nicht erwähnte Äußerung des Iulianus zitiert werden: „...cum in aliqua causa sententia eorum (d.h., des Gesetzes und des *senatusconsultum*) manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet.“ (D. 1.3.12.) Was wäre dies anderes, als ein Präzedenzrecht, und gleichzeitig ein im weiteren Sinne verstandenes Gewohnheitsrecht?

Den selben Standpunkt nimmt auch Ulpianus ein in D. 1.3.13., wo er noch klarer ausspricht, daß gegebenenfalls entweder durch die interpretatio des Gesetzes, oder ausdrücklich durch *iuris dictio* zu helfen, d. h. — man könnte sagen — Recht zu schöpfen wäre.

Wir gehen jedoch noch weiter. Es ist wiederum Iulianus, der schreibt: „In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.“ (D. 1.3.15.) Diese Äußerung soll eindeutig heißen, daß einerseits die ratio dem Rechtssatz nicht entgegenstehen dürfte, oder verkehrt, und sollte jedoch so ein unglücklicher Fall eintreffen, so wäre nicht die Rechtsregel, sondern die ratio (welche im allgemeinen durch die öffentliche Auffassung, das Gewohnheitsrecht vermittelt wird) zum Maße nehmen.¹⁵ Indirekt weist also hier Iulianus wieder auf das Gewohnheitsrecht, gegebenenfalls auf die Rechtspraxis zu.

Übrigens ist es unzweifelhaft, daß die bisher besprochenen Bedingungen auch bei der Berücksichtigung der Rechtspraxis notwendig sind (d.h., die längere Zeit und die Allgemeinheit).

4. a) Die Allgemeinheit ist jedoch nicht so allein, in sich, eine Bedingung des Gewohnheitsrechtes, da gegebenenfalls auch die Verordnungen eines Diktators, eines absoluten Herrschers allgemeingültig sein könnten, ohne in diesem Stadium im mindesten als Gewohnheitsrecht zu gelten. Diese Generalität

¹⁴ S. Brie kann nicht eindeutig Stellung nehmen, denn er hält es für möglich, daß der „Gerichtsgebrauch“ irgendein „Verwandter“ des Gewohnheitsrechtes sei (*Die Lehre von Gewohnheitsrecht*, Breslau, 1899, S. 56.). — Auch P. Voci schreibt im selben Sinne: „La prassi postclassica ricorre a un altro istituto, sorto dalla consuetudine...“ (*Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, S. 222.)

¹⁵ S. diesbezüglich auch Stelle D. 1.3.20., welche auch vom Iulianus stammt.

muß sich auch in der einer Anerkennung manifestieren; daß Prinzip muß die Zustimmung, die Annahme der Menge, des Volkes, des *populus*, der Provinz¹⁶, des Stammes, also einer größeren Gemeinschaft treffen. Die Allgemeinheit der Gewohnheit wird nur durch den *tacitus consensus communis* (wenn auch nicht unbedingt *populi*)¹⁷ geschaffen, einen *consensus* also, woraus ein Gewohnheitsrecht auswachsen könnte.¹⁸

b) In diesem Zusammenhang stellt sich eine andere Frage, und zwar ob diese gewisse Annahme, dieser *consensus* sich unbedingt in einem offenbaren Akt zu manifestieren habe, oder sei ein *tacitus consensus* genügend? Die Stellungnahmen der Quellen sind auch in dieser Hinsicht eindeutig: die Frage von diesem Aspekt behandelnd halten sie den *tacitus consensus* genügend (D. 1.3.32.1).

c) In diesem engeren Bereich kann auch das Problem sich stellen, ob diese Zustimmung, diese Annahme, dieser *consensus* ein Vorhergehende, ein Ausgangspunkt, ein Ursprung des Gewohnheitsrechtes, oder nur eine sozusagen nachträgliche Sanktion, eine Anerkennung, eine Genehmigung einer Gewohnheit mit einem Inhalt von Recht sei? Wir sind der Meinung, hier könnte es nur um eine nachträgliche Anerkennung oder Bewilligung handeln. Das Gewohnheitsrecht kann sich nämlich — wie es schon bei der Definition ausgedrückt wurde — nur nach einer längeren Zeit ausformen, es braucht eine längere Zeitdauer, um ein Allgemeingut zu werden können.¹⁹

5. — Jedoch genügt die Annahme, die Bewilligung eines gewissen Prinzips seitens der Gemeinschaft nicht. Wie es klarsteht, eine der wichtigsten Elementen, Kennzeichen des Rechtes ist eben ein unwiderstehlicher Zwang zu seiner Innehaltung, d.h., die Leute müssen etwas für verbindlich halten, sie müssen ein solches Gefühl haben, daß sollten sie irgendetwas nicht einhalten, so würden sie durch eine unwiderstehliche Sanktion bestraft. Dasselbe ist auch zum Gewohnheitsrecht notwendig. Die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechtes manifestiert sich eigentlich auch nicht in sich. Wird nämlich irgendetwas durch die Gemeinschaft angenommen, genehmigt, so ist das ebenso verbindlich, als das Versprechen eines einzelnen Menschen. Hat der Einzelne irgendetwas versprochen, hat er sein Wort gegeben, etwas angenommen, so fühlt er es, eben deshalb, als verbindlich. Jedoch ebenso, wie das Gericht den Einzelnen zwingen kann, eine dem gegebenen Worte entsprechende Haltung zu bezeigen, zwingt auch das angenommene und langhaltend gültige Prinzip eben infolge der Annahme, des *consensus*. Ist nun einer von der Gemeinschaft nicht willig und ignoriert dieses angenommene und langhaltend gültige Prin-

¹⁶ „... *consuetudine servata regionum*“ — C. Th. 11.7.16.

¹⁷ Gaius z.B. erwähnt diese Bedingung nur im allgemeinen, als er folgenderweise schreibt: „... *eo iure, quod consensu receptum est*“, er bestätigt aber nicht, wessen *consensus* notwendig wäre, (3.82.). Hermogenianus weist auf die Gesamtheit der Bürger, also auf das Volk hin (D. 1.3.35.).

¹⁸ Selbstverständlich kann ein gewisses Prinzip auch unter den Mitgliedern einer Räuberbande angenommen sein, welches vulgär, also nicht im Sinne eines *terminus technicus*, als Gewohnheitsrecht genannt werden kann. Dies kann aber eben deshalb kein Gewohnheitsrecht sein, da es sich hier um eine kleine, und gleichzeitig illegale Gemeinschaft handelt, welche keineswegs mit den Gemeinschaften, deren Gewohnheiten ein Gewohnheitsrecht zustande bringen können, vergleichbar ist. Das Recht bedarf nämlich irgendeiner obersten Macht, einer herrschenden Klasse, oder etwas ähnliches, worüber man im Falle einer Räuberbande keineswegs sprechen kann.

¹⁹ D. 1.3.32.2.

zip, so hat wiederum das Gericht, die Behörde die Möglichkeit — ebenso, wie z.B. beim Nichteinhalten der gesetzlichen Dispositionen — ihn zu zwingen, diesem allgemein angenommenen Prinzip nachzukommen. Eben dieser Vorgang, diese Periode zeigt und beweist das rechtliche Wesen des Gewohnheitsrechtes im Ganzen, klar und unmißverständlich.

In irgendeiner Hinsicht weist auch die Äußerung des Paulus darauf²⁰ hin: „Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.“ (D. 1.3.36.). Das heißt, etwas, das in solchem Maße offenbar, in solchem Maße anerkanntes „Recht“ ist (Gewohnheitsrecht, was anderes könnte es denn sein?), muß nicht schriftlich abgefaßt werden, da es eben durch die allgemeine Anerkennung sowieso verbindlich ist.

6. — Bei der Behandlung des Begriffes, der Definition des Rechtes geht man von der Trivialität aus, daß das Recht eine Verhaltensregel ist, über deren Geltendmachung die allerhöchste Macht, d.h., der Staat wacht. Von dieser Definition wird jetzt die Verhaltensregel herausgehoben. Es ist wohl bewußt, daß es sehr viele Verhaltensregeln gibt. So kann man auch bei den Römern Sitten-, Religions oder Anstandsregeln, usw. finden. Zweifellos stehen hinter solchen Regeln kleinere oder größere Gemeinschaften, die alle ihnen zur Verfügung stehenden Mittel anwenden, um ihre Mitglieder zur Einhaltung dieser Verhaltensregeln zu zwingen.

Für einen modernen Romanisten kann es oft ein schweres Problem bedeuten — eben weil vielleicht dies das einzelne Volk ist, dessen Entwicklung von der primitiven Epoche und vom primitivsten Rechte an sozusagen bis zum Recht der heutigen Tage nachgefolgt werden kann —, wenn auch nicht die einzelnen Verhaltensregeln von einander, aber mindestens die Rechtsnormen von den anderen Verhaltensregeln zu unterscheiden, abzugrenzen. Diese Operation erregt oft ernste Auseinandersetzungen, und hat noch öfters nicht eindeutige und nicht befriedigende Antworten zur Folge. Die Grenzen zwischen den Verhaltensregeln sind nämlich oft — so zu sagen — „schwimmende“, nicht selten gibt es auch Übergangsformen. Was in einem Zeitalter nur als Gewohnheit, Sitte zu betrachten war, verstärkt sich im anderen schon zum Recht. Jedoch, wenn es von der gegebenen Definition des Gewohnheitsrechtes ausgegangen wird, so kann mit einer mehr oder weniger großen Sicherheit mindestens das bestimmt werden, ob die konkrete Verhaltensregel zur ersten oder zur zweiten Kategorie gehörte, oder mindestens ob es zur ersten oder zweiten näherer wäre, bzw. eben beim Wensdpunkte stünde, in die erste oder die zweite überzuschlagen. Selbstverständlich wäre es unsere Aufgabe, die Rechtsnormen von der Reihe der Verhaltensregeln mit mehr oder weniger Sicherheit auszuwählen und abzusondern.

7. — Zum Schluß haben wir noch das letzte Element in unserer Definition des Gewohnheitsrechtes, nämlich die *Praxis* (usus) näher zu betrachten.²⁰

Was soll eigentlich in diesem Falle, dem des Gewohnheitsrechtes, die Praxis meinen? Die vielmalige Wiederholung eines gewissen Prinzips, Verhaltens, einer gewissen Tatsache oder Sachlage wie es auch im Codex hervorgehoben ist: „Cum de novo iure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum

²⁰ Selbstverständlich ist aber die Reihenfolge dieser Voraussetzungen — innerhalb der Definition, bzw. unserer Handlung —, problematisch und recht willkürlich, subjektiv.

est, dubitatio emerget..." (C. 1.14.11.).²¹ In diesem Zusammenhang sind zwei Aspekte zu betonen:

Zuerst: es handelt sich um die Wiederholung *desselben* Prinzips oder *derselben* Tatsache.

Zweitens: es handelt sich hier nicht nur um Prinzipien, Regeln im engen Sinne, also nicht um gewissermaßen abstrakte Erscheinungen, sondern gegebenenfalls auch um Tatsachen, Sachlagen (siehe z.B. die *longi temporis possessio*).²²

II.

1. — In diesem Kapitel sind wir gezwungen, — bevor die Schlußfolgerungen behandelt werden könnten, — einige, im römischen Rechte bekannte gewisse Wörter, nötigenfalls Ausdrücke einer Prüfung in der Hinsicht zu unterwerfen, wann und inwiefern diese ein Gewohnheitsrecht bedeuten, und was für eine Beziehung sie überhaupt zum Gewohnheitsrecht haben? Bei der Feststellung der Ergebnisse ist es nämlich äußerst wichtig zu versuchen, die zahlreichen, als Synonyma qualifizierbaren Wörter und Ausdrücke irgendwie zu ordnen und somit nur das zweifelloose Gewohnheitsrecht als Grundlage anzunehmen, bzw. am gegebenen engen Gebiete²³ (d.h., dem der *ltp*) als einen rechtsschaffenden, rechtsverändernden Faktor zu betrachten.

Unserer Meinung nach sind die in dieser Hinsicht zu berücksichtigenden Wörter, Synonyma die folgenden: *mos*, *persuasio*, *usus*, *vetustas*, *consuetudo* und fallweise, von Zeit zu Zeit auch die Zusammensetzungen derselben; vor allem mit den Attributen *vetus*, *longus*, *diuturnus*. Die da aufgeführten Wörter werden laut den in allgemein angenommenen Wörterbuch von Heumann-Seckel gegebenen Bedeutungen interpretiert,²⁴ um danach, aufgrund der Quellen, nur die etwaigen, mit dem Gewohnheitsrecht zusammenhängenden Bedeutungen zu erörtern.

2. — *Mos*.²⁵ — Unser Wörterbuch behandelt die verschiedenen Bedeutungen und Zusammensetzungen dieses Wortes in zwei ganzen Spalten. Zuerst stehen die Bedeutungen „Handlungsweise“, „Sitte“ und „Gewohnheit“. Hier haben wir mit dem letzten zu tun.

²¹ Engverwandt mit dieser Erscheinung sind: die sich wiederholende Praxis beim Prätor; die Übernahme der Meinung der Vorfahrer seitens der Rechtsgelehrten; die Judikatur, die *suggestio iudicantis* (C. 1.14.11.).

²² Trotz dem können sich die Tatsachen, die Sachlagen im Laufe der Zeit zu abstrakten Prinzipien, zu Regeln verdichten.

²³ Die *desuetudo*, also das Gewohnheitsrecht, welches das Recht aufhebt, vernichtet, außer Kraft setzt, wird hier nicht behandelt, umso weniger, da auch dieses Thema äußerst kompliziert ist und, trotz den verschiedenen Behandlungen, keine befriedigende, eindeutige und endgültige Lösung hat.

²⁴ Heumanns *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes*, in neunter Auflage, neu bearbeitet vom Dr. E. Seckel, Jena, 1907.

²⁵ In dieser Hinsicht könnte das Werk von M. Kaser: *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, (SZ, 59, 1939, von S. 52. an) als fundamental erscheinen, in den meisten Fällen können aber wir mit derselben nicht einverstanden sein. Das Werk schreibt nämlich, ganz einseitig, alles, was das Gewohnheitsrecht anbelangen könnte, und unserer Meinung nach überwiegend und originell das Gewohnheitsrecht betrifft, einer *interpolatio* zu; somit können wir es keineswegs als fundamental und annehmbar betrachten. Die Begründung kann hier nicht erörtert werden, da sie ein selbständiges Buch benötigen würde. Siehe in dieser Hinsicht, im Einverständnis mit dem Verfasser, auch A. Guarino, a. W., von S. 44. an.

In der zweiten Bedeutungsgruppe stehen: „Sitten“, „Sittlichkeit“, „sittliches oder unsittliches Vertragen“, „guter oder schlechter Lebenswandel“, die für uns im Zusammenhang mit dem Gegenstand dieser Arbeit nicht viel sagen.

Die übrigen Bedeutungen sind schon von allgemeiner Natur, wie Art, Weise, Brauch, Weg. Auch diese haben keine größere Wichtigkeit für uns, als die bisherigen.

Schließlich, zuletzt, steht eine ganz eigenartige Bedeutung: „Willfahren“, mit der wir wirklich nichts zu tun haben.

Wie es offensichtlich ist und wie es auch von den angeführten Stellen unseres Wörterbuches hervorkommt, ist es die erste Bedeutungsgruppe, die uns näher interessieren kann, und unserer Meinung nach ist es keineswegs ein Zufall, daß jene Nuancen, welche das Wort *mos* als Gewohnheitsrecht zu interpretieren erlauben, im Wörterbuch an der ersten Stelle zu lesen sind.

Unserer Auffassung nach scheint es nämlich zweifellos zu sein, daß, bevor der Erscheinung des Fachwortes *consuetudo*, der *mos* oder *mores* das Gewohnheitsrecht bedeutet hat. Ohne aber uns in diese Frage tiefer zu versenken, behandeln wir nur die Bedeutung des *mos*, welche das Wort in von uns betrachtetem Alter, also im Laufe der Kaiserzeit (d.h., die Periode von deren Anfang, also etwa von Cicero bis Iustinianus) bezogen auf das Gewohnheitsrecht, gehabt hat.

Es wird davon herausgegangen, daß in unseren Quellen *mos* oder *mores* öfters neben dem Gesetz, mit dem gleichrangig, erwähnt werden, woraus in sich schon die Folgerung gezogen werden kann, daß Gesetz und Gewohnheit einen gemeinen Zug (oder viele gemeine Züge) haben müssen.²⁶

Ohne Zweifel ist so das Gesetz wie auch die Gewohnheit eine Verhaltensregel, und auch ohne Zweifel, der Staat sorgt für das Einhalten des Gesetzes auch begriffmäßig, aber das selbe gilt auch — wenn auch nicht immer — für die *mores*. Wir glauben demzufolge, daß *mos* ursprünglich die Bedeutung „Gewohnheit“ gehabt und nur später eine Differenzierung, dem Inhalt entsprechend, stattgefunden habe. Dank diesem letzten Entwicklungsgrad, ist der *mos* in zahlreichen Fällen nicht nur ein Vorläufer, ein Vorhergehende des Gewohnheitsrechtes — als eine Gewohnheit — gewesen, sondern oft hat er sich zum Gewohnheitsrecht verstärkt; und wenn wir in unseren Quellen über *mos*, besonder aber über *mores* lesen, dort meint ja das gar nicht nur eine Gewohnheit, sondern gerade das Gewohnheitsrecht.²⁷

Übrigens, wenn wir unsere Definition des Gewohnheitsrechtes zerlegen, wird es klar, daß

- man auch über den *mos* nur dann reden kann, wenn derselbe langanhaltend gültig gewesen war;
- es da sich selbstverständlich nur um das Umschlagen der Gewohnheiten mit Rechtsinhalt in Gewohnheitsrecht handelt;

²⁶ Z.B. I. 1.2.9., C. 6.23.31.2., aber auch Fußnote 35.

²⁷ Übrigens, wenn auch nicht immer, aber überwiegend kommt es selbst vom Text hervor, was im gegebenen Falle *mores*, bzw. *mos* bedeuten will. So z.B., als Ulpianus über die Vormundshaft des Verschwenders spricht (die ursprünglich durch die *mores* eingeführt worden ist und die auch ins Zwölftafelgesetz übernommen wurde), handelt es sich offensichtlich um Gewohnheitsrecht. Einige Zeile weiter spricht er aber über die Aufhebung der Vormundschaft in dem Falle, wenn der Verschwender schon „...sanos *mores* receperit“; da weist das Wort *mores* ohne Zweifel darauf hin, daß der Betroffene schon ein normales Leben führt, da er seine gesunde Gewohnheiten, Lebensweise retabliert hat (D. 27.10.1. pr.).

- unstreitig, nur sowas eine Gewohnheit werden kann, was durch eine Vielzahl identischer Fälle zustande gebracht und in Leben gehalten worden ist.

Ist also ein *mos* mit Rechtsinhalt allgemein (mindestens in einer größeren Gemeinschaft, wie die *civitas*) verbreitet und als verbindlich angenommen gewesen, dann hat ja auch das Wort *mos* die Bedeutung „Gewohnheitsrecht“ gehabt.

Aufgrund dessen kann man sagen, daß der grösste Teil der in unseren Quellen vorkommenden Wörter *mos* (*mores*) sicher das Gewohnheitsrecht meinen wollte.²⁸

All dies vorausgeschickt, betrachten wir nun einige ausgewählte und hervorgehobene Quellenstellen (ohne also einer Prätension der Vollständigkeit), welche den *mos* ausdrücklich im Sinne „Gewohnheitsrecht“ benutzen.²⁹ (Übrigens, wie gemeinkundig, kommen die *mores* am öftesten, aber nicht ohne Ausnahme, in familienrechtlicher Beziehung und bei den Vorschriften einiger Äußerlichkeiten, Formalitäten vor.)

Bezüglich der Eheschließung eines *libertinus* schreibt Pomponius über ein Ehehindernis (Rechtsbegriff!) folgendes: „...*hoc ius moribus, non legibus introductum est*“. (D. 23.2.8.).

Ebenfalls ein Hindernis der Eheschließung lautet bei Paulus wie folgt: „*moribus prohibemur uxores ducere...*“ (D. 23.2.39.1.).

Stelle D. 24.1.1. ist auch eine typisch derartige Verfügung, welche die Schenkung zwischen Eheleute aufgrund des *mos* untersagt.

Fragment D. 1.16.4.5. ist auf eine Formalität bezogen, hat aber auch einen Rechtsinhalt: „...*observari oportet, ...*“ was „*moris est*“ ... Fragment 7. pr. ebendort ist dem vorigen ähnlich.

Der Inhalt der folgenden Bemerkung bezüglich der Wasserbenutzung weicht von dem vorigen gewissermaßen ab: „...*more usque in praesentem diem perdurante percipiant* (nämlich das Wasser; C. 11.42.4). Die Verfügung in C. 3.34.2. ist gleichartig: „...*nequid contra veterem formam atque sollemnem morem innovetur...*“

3. — *Persuasio* = Überredung, Überzeugung, Glaube. — Mit der ersten Bedeutung haben wir nichts zu tun, desto mehr mit den weiteren. Diese weisen eindeutig darauf hin, daß beim Gewohnheitsrecht eine allgemeine Überzeugung über das Dasein einer verbindlichen Verhaltensregel notwendig sei. Dieses Wort kommt übrigens sehr selten vor; in unserem Falle ist es gar nicht typisch und kann demzufolge außer Acht bleiben.

4. — *Usus* = Gebrauch. Die erste Bedeutung des Wortes weist im wesentlichen auf den Gebrauch, die Praxis hin, d.h., in unserem Falle nur auf

²⁸ Wie schon erwähnt (s. Fußnote 25), schreibt auch E. Pólay — grundverschieden vom Kasers Standpunkt — „...*a mos szabályai a császárkorban jelentős részükből jogszabállyá (consuetudo) alakultak át*“; d.h., „ein großer Teil der Regeln des *mos* haben sich in der Kaiserzeit zu Rechtsregeln (*consuetudo*) umwandelt. — *A cenzori regimen morum és az ún. házi bírászkodás*. Szeged, 1965, S. 13.

²⁹ Gewiß, auch die Quellen können hier und da uns einen Streich spielen. So z.B. im Punkte 4. der Einleitung zur postklassischen Umarbeitung der *Tituli ex corpore Ulpiani* steht folgendes: „*Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*.“ Diese Definition beinhaltet etwa alles, was, bezüglich des Gewohnheitsrechtes, in den Quellen sporadisch zu finden ist. Jedoch, dies alles bezieht sich auf die *mores*, die nicht immer und nicht notwendigerweise dem Gewohnheitsrechte entsprechen (wie, unserer Meinung nach, auch da nicht).

eines der wesentlichen Elemente des Gewohnheitsrechtes: die Wiederholung des selben Verhaltens, der selben Tatsache.

5. — Vetustas. Es ist kein Zufall, daß hier vor der Behandlung der *consuetudo*, als eines auch durch die Römer im Sinne des Gewohnheitsrechtes angenommenen Fachwortes, erst die *vetustas* erörtert wird. Dieses Wort hat nämlich an diesem Gebiet eine weit breitere Bedeutung, als eine einfache hauptwörtliche Form des Stammwortes *vetus* (alt).

Vetustas bedeutet, laut unseres Wörterbuches: „Alter, alther gebrachtes Recht, Herkommen, Vorzeit, Altertum“. Abgesehen von der ersten, und wahrscheinlich ursprünglichen Bedeutung (Veralterung einer Sache) sind alle seine Bedeutungen eng mit unserem Gegenstand verknüpft und bezeichnen eine Nuance desselben.³⁰ Bevor aber der ausführlichen Erörterung nach Quellen, sollte die Aufmerksamkeit auf folgende gerichtet werden:

Die *vetustas* ist kein Wort, das eine einzige Bedeutung hätte. Meistens hat es eine breitere Bedeutung, als *Altertum*. Unserer Meinung nach wird es in den Quellen meistens im Sinne „Gewohnheitsrecht“ benutzt.³¹ Ohne Zweifel, wenn ein Prinzip (eine Tatsache, eine Sachlage) alt ist, seit einer längeren Zeit besteht, das kann ein jeder, ein Mitglied des Volkes, ein Einwohner der Provinz nur daraus wissen, daß es sich in einem ständigen und weit in der Zeit zurückgehenden Gebrauch manifestiert hatte. Nur bezüglich so eines Prinzips oder so einer Tatsache kann es auch heute, und konnte es desto eher vor zweitausend Jahren gesagt werden, daß es, bzw. sie durch die *vetustas* geschafft worden sei. Es weiß nämlich niemand — keiner der Beteiligten — mehr, wann es oder sie zustande gekommen ist.³² Demzufolge beinhaltet die *vetustas* auch schon den *usus*. Nehmen wir jedoch die übrigen Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes in Betracht:

Das Wort *vetustas* drückt in sich das langanhaltende Dasein aus: sicher ist das Prinzip, die Tatsache langanhaltend, wenn es/sie unseres Wissens schon seit Menschengedenken dauert; in Gebrauch und Praxis, also in *usus* gewesen war. Demzufolge ist es offensichtlich wohl bekannt, angenommen und von bindender Kraft, ansonsten hätte es/sie nicht so lange dauern können.

Die einzelne Einwendung könnte lauten, daß die *vetustas* nicht immer und

³⁰ Eben deshalb können wir mit Bonfante (*Corso di diritto romano*, des Weiteren: a. W. II. 2., Roma, 1928., Fußnote 2.), nach dessen Meinung die *vetustas* ein „istituto... di carattere ... di diritto pubblico“ sei, nicht einverstanden sein. Er meint, die *vetustas* sollte in Hinsicht des Eigentumserwerbs nur eine gewisse Situation, Sachlage bedeuten: „essa stabilisce una *presunzione*, non è un modo di acquisto“ (a. W. II. 1., Roma, 1926., S. 431., und ebendort, Fußnote 2.).

³¹ Eben deshalb ist es auffallend, daß B. Schmiedel, in seiner Monographie über das Gewohnheitsrecht, die *vetustas* überhaupt nicht erwähnt. L. Bove dagegen schreibt der *vetustas* eine entsprechende Bedeutung zu, wenn auch nicht in dem Maße, als weiter oben der Verfasser. (*La consuetudine in diritto romano*, Napoli, 1971, S. 31.) D. Nörr behandelt detailliert die *vetustas* auch im Zusammenhang mit der *ltp*! (*Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, Köln-Opladen, 1969, des Weiteren; a. W., hauptsächlich an S. 53.) An S. 54. nähert sich sein Standpunkt dem des Textes, als er schreibt: „... die *vetustas* eher dem objektiven Recht (mit aller Vorbehalt: dem Gewohnheitsrecht) gleichzusetzen ist, als einem subjektiven Recht“.

³² I. S. Peretyerskij ist ziemlich bedächtig, als er schreibt: „Ist die tatsächliche Lage bezüglich der Sachen seit eine so lange Zeit bestanden, daß die lebende Generation sich an eine andere Situation nicht mehr erinnern kann, so macht sich bezüglich dieser Lage die Präsumption der Rechtmäßigkeit geltend.“ [*Római magánjog* (ungarische Übersetzung), Budapest, 1950., des Weiteren: a. W.]

nicht notwendigerweise Recht beinhalte. Werden aber die Quellen studiert, so kommt es hervor, daß sie sich — abgesehen von einzelnen seltenen Ausnahmen — sozusagen immer auf irgendeine Verpflichtung, Haltung bezieht. So kann es eigentlich dem Gewohnheitsrecht gleichgesetzt werden. Einige charakteristische, herausgegriffene Beispiele (ohne eine Vollständigkeit zu bestreben):

C. Th. 1.31.2.: „Vetustate consuetudinis ius“; C. T. 4.4.4; „Mos retinendus est fidelissime vetustatis“; C. Th. 11.7.15.: „... ne ... vetustati et consuetudini derogetur“. An Stelle C. Th. 11.7.18. stehen vetustas, mos und consuetudo nebeneinander, ausgesprochen um nachdrücklicher zu sein, jegliches Mißverständnis zu vermeiden! „Vetustatis auctoritas ... repetatur“ steht im C. Th., 11.30.23.; und „Vetustatem ... servari praecipimus“ (im C. Th., 16.2.45).³³

Die vetustas wird aber sogar mit dem Gesetz gleichgestellt und ihr wird sogar eine Gesetzkraft zugeschrieben; so z.B. „... vetustas, quae semper pro lege habetur (D. 39.3.2. pr.); „vetustatem vicem legis tenere“ (D. 39.3.1.23.); „Scaevola respondit, solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur (D. 39.3.26.), und so weiter.

6. — Zuletzt sei das wichtigste und eigentlich einzige, auch durch die Nachwelt mit der Bedeutung des Gewohnheitsrechtes angenommene Fachwort, die consuetudo, betrachtet. Laut des Wörterbuches: „Gewohnheit“, „Zusammenleben“, „hergebrachte Abgabe“. Für uns ist nur die erste Bedeutung interessant, die übrigen sind es gar nicht.

In unseren Quellen bedeutet dieses Wort — wie auch unter 1/d. in unserem Wörterbuch — Gewohnheitsrecht, also, wenn dieses Wort irgendwo zu finden ist, können wir nahezu sicher sein, was seine Bedeutung anbelangt. Demzufolge muß der Leser sich ziemlich selten überzeugen und das beweisen, daß es an der gegebenen Stelle etwas anderes bedeutete.

Der Wortstamm: „suesco“ bedeutet „(sich) gewöhnen“, nichts mehr. Die davon abstammenden Wörterformen: consuesco „(sich) angewöhnen“, und desuesco „(sich) abgewöhnen“ sind weitere und schon nuancierte Bedeutungen.

Wenn es sich also um Gewohnheitsrecht handelt, ist es ganz logisch und jedenfalls richtig, das Wort consuetudo, dem lateinischen Sprachgebrauch unserer angenommenen Quellen entsprechend, als Gewohnheitsrecht zu akzeptieren und übersetzen.³⁴ Man könnte nämlich vielleicht sagen, daß im Lateinischen kein Wort „suetudo“ gäbe, welches dem deutschen „Gewohnheit“ gleichgesetzt werden dürfte, jedoch gibt es ein Beiwort „suetus“ mit der Bedeutung „üblich“, „gewöhnheitsmäßig“.

Die für das Gewohnheitsrecht zusammengefaßten Kennzeichen sind im Falle der consuetudo restlos aufzufinden. Es ist kein „Nachlaß“ notwendig, man muß nicht dies oder jenes außer Acht lassen, sozusagen „kein Auge schließen“.

³³ Siehe auch: C. Th. 9.32.1. (C. 9.38.); Const Sirm. 11.; D. 39.3.3.; C. 4.11.1. pr.; 6.23.18.; 6.38.4.2.; 9.38.1.; 11.62.11.; 12.6.11.; Nov. 23. 3. pr.; 53.3. pr.; 95.1. pr.; App. 3., usw.

³⁴ Eben deshalb ist es eigenartig, daß Kaser im a. W. die consuetudo, also das Gewohnheitsrecht, — welches laut dem Titel des Werkes die Hälfte desselben geben sollte —, in einer Fußnote beiseite schiebt (S. 98, Fußn. 4.); er erörtert das Thema nicht ausführlich, dessen Verdienste entsprechend, und wie es, aufgrund des Titels, zu erwarten wäre. Ebenso erörtert er die vetustas, den usus, usw. gar nicht, Er spricht in seinem Werke im wesentlichen über die mores, und nur per tangenter, nebensächlich über das Gewohnheitsrecht.

Übrigens muß es auch hier bemerkt werden, daß die Quellen das Wort *consuetudo* — ebenso wie *mos* — sehr oft mit dem Gesetz oder mit dem Rechte (*ius*) zusammen, als einen mit denen gleichstehenden Begriff erwähnen und es ist auch von dieser Tatsache offenbar, wie eine verhältnismäßig wichtige und anerkannte Rechtsquelle die *consuetudo* an gegebenem Ort und in gegebener Zeit sein kann.³⁵

Schon die sich dem Verbal „*suesco*“ knüpfende Vorsilbe „*con*“ zeigt, als ein Ausgangspunkt, — abgesehen von allen übrigen Erwägungen — daß man hier mit einer langen Zeit zu tun hat. Nur irgendetwas, was langdauernd existiert hat, konnte „*an*“ gewöhnt worden sein (*con-suescere, consuetudo*). Die lange Dauer ist somit gegeben.

Die *consuetudo* ist allgemein anerkannt und angenommen, da wenn wir uns etwas angewöhnt haben, dann ist diese Sache schon anerkannt, akzeptiert; es ist ja eben demzufolge angewöhnt worden. Auf die Allgemeinheit, die räumliche Geltung weisen weiterhin die Quellen hin, als sie bezüglich ihrer Verbreitung die *regio*, also eine größere provinzielle Reumeinheit als das kleinste Gelände angeben.

In gewisser Hinsicht ist auch die Verbindlichkeit der *consuetudo* selbstverständlich. Wenn irgendetwas seit einer längeren Zeit existiert, dann ist es schon ein Teil unseres Lebens geworden, gehört es schon zum Alltagsverhalten, darauf wird es schon Bezug genommen, sein Einhalten wird gefordert, es gilt als verbindlich: „... *antiqua (vetus) consuetudo servetur*“ (C. Th. 6.29.10; 7.5.1.).

Der *usus*, der Gebrauch ist im Worte *consuetudo* wiederum inbegriffen. Wir können uns nur solche Sachen angewöhnen, die sich in selber Weise, in selber Form ununterbrochen, oft und rückkehrend wiederholen, welche einen Teil unseres Lebens bilden. Demzufolge, wenn wir sagen — und unserer Meinung nach begründet —, daß die *consuetudo* ein vollwertiges Äquivalent des Wortes „Gewohnheitsrecht“ sei, dann wiederholen wir nur eine ganz banale Wahrheit.

7. — Für die weiteren Erörterungen, d.h., für die wichtigsten Feststellungen können wir folgende Folgerungen ziehen.

Die Wörter *persuasio* und *usus* können — aufgrund der Obigen — vom Kreise der weiteren Forschungen ausgeschlossen werden. Es bleiben also der *mos*, die *vetustas* und die *consuetudo*, als Wörter, die oft — zwar im verschiedenen Maße — Gewohnheitsrecht bedeuten oder bedeuten können.

Wo in unseren Quellen *mos* oder *mores* steht, dort muß es immer sehr vorsichtig betrachtet und gründlich untersucht werden, ob das Wort an der gegebenen Stelle und am gegebenen Ort nicht als Gewohnheitsrecht zu verstehen wäre. Wir haben es nämlich schon gesehen, daß sowas öfters vorkommen kann.

³⁵ So z.B. schon die *lex Antonia de Termessibus* in 71 v.u.Z. (FIRA II. 11.); „*Quae leges, quodque ius, quaequae consuetudo...*“, C. 5.20.1. — „*Sive ex consuetudine*“, C. 6.23.31.2., C. Th. 5.20. Intp. — „*Longa consuetudo... pro lege servabitur*“, C. Th. 11.16.10. — „*Consuetudo vel dispositio nostra*“, D. 1.3.33. — „*Diuturna consuetudo pro iure et lege... observari solet*“, — „*concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere*“, C. 6.23.31.2. — „... *is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet*“, C. 3.34.1. — Diesbezüglich ist die Äußerung des Hermogenianus der wichtigste Beweis, welche im allgemeinen nicht der interpolatio verdächtigt wird: „*Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt, iura servantur*“ (D. 1.3.35.)

Wo das Wort *vetustas* zu finden ist, können wir mit größerer Sicherheit arbeiten. Abgesehen von ganz seltenen Ausnahmen bedeutet *vetustas* immer Gewohnheitsrecht, also dieses Wort bedürft eines verkehrten Vorganges als *mos*: man muß feststellen, wo und wann *vetustas* *nicht* mit der Bedeutung „Gewohnheitsrecht“ steht.

Wie es hervorgeht, ist es am leichtesten bei der *consuetudo*: das Wort bedeutet sozusagen ohne Ausnahme „Gewohnheitsrecht“; man könnte sagen, wo das Wort einen Rechtsinhalt hat, dort handelt es sich immer um Gewohnheitsrecht.

Nun können wir auf den wichtigsten Teil unserer Arbeit kommen. Wir wollen untersuchen, wann, wo und inwiefern dieses, unserer Meinung nach als Gewohnheitsrecht zu betrachtende Recht den Ursprung, das Vorkommen, die Entfaltung, die Änderungen, die Formen, usw. der *longi temporis praescriptio* beeinflußt hat.

III.

1. — Wie es schon die Forschungen und „Entdeckungen“ im Laufe von Jahrhunderten bewiesen haben, dürfte der Zeitpunkt der ersten, schriftlich nachweisbaren Erscheinungen der *ltp.* die Wende der II. und III. Jahrhunderte u.Z. gewesen sein.³⁶ Dies gilt zur Zeit als *communis opinio* und wir meinen, daß diese Feststellung aufgrund der verfügbaren Quellen und Kenntnisse nicht zweifelhaft sei.³⁷

Offensichtlich ist es jedoch, daß der schriftlichen Veröffentlichung einer Bestimmung solcher Art gewisse Geschehnisse vorangehen mußten, da eine, die Frage des Eigentums so tiefgreifend regelnde Maßnahme nicht nur einfach plötzlich aus dem Kopfe des (der) Rechtsgeber(s) hervorspringen konnte.³⁸ Wir müssen also in der Zeit zurückgehen und irgendeine ähnliche Sachlage, Bestimmung oder Praxis suchen, die der weiteren Entwicklung des Rechtes bezüglich des Eigentums als Grundlage dienen können hat.³⁹

³⁶ BGU 1.267., P. Strassb. 22., FIRA I. 437.; siehe auch die *epistula* des Severus und Caracalla zu den Tyrasiern vom Jahre 201.

³⁷ Zwar bei dem Text in FIRA die Bemerkung „*non ideo tamen credendum est hoc primo id ius constitutum fuisse*“ nicht unbegründet ist.

³⁸ Das selbe konnte da vorgehen, was auch bei der Schenkung zwischen Eheleute stattgefunden hat. Im Fragment D. 24.1.1. beruft sich Ulpianus, bezüglich der Einführung dieser Institution, noch auf das Gewohnheitsrecht („*Moribus apud nos receptum est...*“ usw.). Nicht weit entfernt unten (D. 24.1.3. pr.) dagegen weist er darauf hin, daß dieses Prinzip auch vom Kaiser angenommen worden wäre und er es in einer „*oratio*“ als verbindlich anerkannt hätte. — Noch prägnanter lautet die Äußerung des Ulpianus im Fragment D. 1.61.4.5. Er beschreibt, wie wichtig es in den Augen der Einwohner der Provinz sei, wo die Amtsleute an die Provinz herankommen dürfen, wo der „*ingressus*“ stattfinden muß. Dies ist vom *mos*, von der *consuetudo* vorgeschrieben, und — unserer Meinung nach — wurde dieses Gewohnheitsrecht durch den Kaiser bestätigt, als er „*rescripsit proconsuli necessitatem impositam per mare Asiam applicare et inter metropoles Ephesum primam attingere*“.

³⁹ Wir halten die dem Gewohnheitsrecht durch dr. Géza Kiss zugeschriebene Rolle allzu eng. Er sagt nämlich: „... törvények uralma alatt élő nemzetek közt az 'iratlan jog' csak úgy érvényesül, mint a fennálló jogtételek interpretációja révén felszínre jutó joganyag alkalmazása“. „Bei unter der Herrschaft von Gesetzen lebenden Nationen kommt das 'ungeschriebene Recht' nur als eine Anwendung des durch die Interpretation existierender Rechtsregeln hochkommenden Rechtsmaterials zur Geltung.“ — (*Interpretáció és szokásjog a római magánjogban*, Budapest, 1909, S. 22.)

Wir sind der Meinung, diesen Vorläufer in der *longi temporis possessio* finden zu können. Im Gegensatz zum Standpunkt einiger Verfasser⁴⁰ glauben wir nämlich, daß diese Sachlage — da es ursprünglich nur darüber handelte — nicht nur in Italien, sondern überall im Reiche schon seit einer längeren Zeit existiert hätte. Es gibt zwar Argumente in den Quellen,⁴¹ die suggerieren, daß diese Anerkennung nur bezüglich der Grundstücke in Italien gültig gewesen wäre, jedoch kann man die Erklärung des Gaius nicht verschweigen oder durch Schweigen ignorieren, in welcher er, bezüglich dieser Frage, seine Zweifel ausdrückte: „*dubitatur*“ (2.63). Gaius, der fast sicherlich ein in der Provinz arbeitender Rechtsgelehrte gewesen ist — dementsprechend ihm das in den Provinzen geltende Recht jedenfalls sehr gut bekannt war —, hätte in einem Lehrbuch nicht den Ausdruck „*dubitatur*“ gebraucht, wenn er dazu keine triftigen Gründe gehabt hätte. Wir meinen, es sei begründet — wenn auch nicht restlos — in dieser Hinsicht zu behaupten, daß eine Anerkennung solcher Art im ganzen Reich existierte.

2. — Die Logik einerseits und die historische Lage andererseits weisen aber auch darauf hin. Im II. Jahrhundert u.Z. (also im Zeitalter des Gaius) war die Rechtsversorgung der Provinzen gar nicht ausreichend gewesen. So z.B. haben die Einwohner der Provinzen zu dieser Zeit noch als *peregrini* gegolten, also das römische Recht hatte auf sie noch keine Anwendung gefunden. Ihren Rechtswissenschaftlern aber war das römische Recht — mehr oder weniger — bekannt und dieses Recht war weit entwickelter gewesen, als dasselbe der gegebenen Provinz. Da aber eine Ersitzung bezüglich eines Grundstückes in der Provinz nicht möglich gewesen war, entstanden sehr oft unsichere Eigentumsverhältnisse infolge der Krieksaktionen, die in diesem Zeitalter hauptsächlich in den Provinzen stattfanden. Bei den Mobilien gab es keine solche Probleme, bezüglich der Immobilien, der Grundstücke aber konnten sehr oft solche Streite betreffs des Eigentumsrechtes vorkommen. Es gab eine große Anzahl von (vorübergehend?) verlassenen Grundstücken, obwohl ihre Bebauung ein Lebensinteresse gewesen wäre.⁴² Es war ein jeder zufrieden, — und das gilt in erster Linie für die römischen Aufsichtsbehörden in der Provinz —, wenn jemand ein verlassenes Grundstück in Besitz genommen und es bebaut hat. Nach dem Ende der Pazifizierung, mit der Stabilisation der Situation — evtl. nur nach langen Jahren, — meldete sich möglicherweise der Eigentümer und wollte sein Grundstück wieder in Besitz nehmen. Selbstverständlich weigerte sich der neue Besitzer es zurückzuerstatten; er hat sich dort schon etabliert, hat Investitionen vorgenommen, hat ein Heim gegründet, und hat das Grundstück als eigen gehabt.

Was konnte die römische Behörde tun?

⁴⁰ Wir denken hier in erster Linie auf das Werk „*Az elbirtoklás fejlődése a római császárkorban*“ von Gábor Hamza (Budapest, 1970.), zwar einer der gediegensten Kenner der Frage auch seinen Standpunkt unterstützt (J. Partsch: *Longi temporis praescriptio im klassischen römischen Rechte*, Leipzig, 1906., des Weiteren: a. W., S. 6.).

⁴¹ Siehe D. 23.5.16. und C. 5.13.1.15.

⁴² Titulus 11.59 des Codex spricht „*de omni agro deserto...*“, schon seit der Zeit der Vorfahrer des Constantinus. Gleichzeitig ist es bekannt, welch ein großes Problem die *reliqua* an verlassenen Grundstücken bedeutet haben. Siehe z.B. tit. C. 4.46. und 47. Die einleitenden Zeile des Frag. 2. des vorstehenden tit. sind charakteristisch: „*Si deserta praedia ob cessationem collationum vel reliqua tributorum...*“

Die Staatsräson vor Augen haltend nahm sie den Standpunkt ein, daß jener, der das Grundstück durch eine längere Zeit in ungestörtem (gutgläubigem?) Besitz gehabt hat, in diesem Besitz nicht gestört werden dürfte, er sollte sicher (*securus*) sein, er dürfte nicht entwährt werden und jegliche Besitzstörung sollte verhindert werden.

Ursprünglich gab es keine diesbezügliche Präzedens, und es fehlten auch die Rechtsgründe. Das Leben, die Staatsräson, die Interessen der Arbeiter und die obwaltenden Umstände, sowie die Forderung die ihr Eigentum begründet oder vielleicht unbegründet hinterlassenden, oft nachlässigen und verantwortungslosen Inhaber zu bestrafen (die, wenn sie ihren Wohnsitz einmal verlassen hatten, und dorthin gegebenenfalls jahrelang nicht zurückgekehrt sind, für die Römer sicher als unzuverlässige Leute schienen), sowie auch der Wunsch, die Besitzverhältnisse zu regeln, führten jedoch zur gewohnheitsrechtlichen Entstehung⁴³ der *longi temporis possessio*, d.h. zum Schutz, zur Anerkennung des langhaltenden Besitzes (zuerst als einer angenommenen Sachlage, später aber als einer neuen Rechtsinstitution).

3. — Zum Aufschwung, oder mindestens zur Verstärkung des Gewohnheitsrechtes trug auch der Umstand vorteilhaft bei, daß mit der Erschaffung des *Edictum Perpetum* die Rechtsgebortätigkeit des Prätors im wesentlichen zum Ende kam, und somit eine Periode abgeschlossen wurde. Für die Befriedigung der Ansprüche rechtlicher Natur gab es keinen Prätor (keine *viva vox*) mehr, der imstande gewesen wäre, den Anforderungen des Lebens sofort nachzukommen, oft eben durch eine Geltendmachung des Gewohnheitsrechtes in seinem Edikt. Eben demzufolge — und mit der Absicht, diese Möglichkeit zu ersetzen — wurde ein Vorgang eingeleitet, der auch berufen war, die fehlende Tätigkeit des Prätors zu substituieren. Von dieser Zeit an wurde die Rolle des Prätors dem Gewohnheitsrechte überlassen. Demzufolge war es, unserer Meinung nach, gar kein Zufall, daß bei den römischen Rechtsgelehrten die Berufung auf das Gewohnheitsrecht eben im Laufe der Veröffentlichung des *Edictum Perpetuum* nachfolgenden hundert Jahren erschienen ist und sich vervielfältigt hat. Ebenso kann es auch nicht als ein Zufall betrachtet werden, daß unter den Rechtsgelehrten eben *Salvius Iulianus*, der Zusammensteller des *Edictum Perpetuum* sich in erster Linie mit den theoretischen Fragen des Gewohnheitsrechtes beschäftigt hat.

4. — Diesen juristisch rationellen und in gewisser Hinsicht humanen; gebührenden Vorgang haben aber auch politische Gesichtspunkte, Erwägungen motiviert.

Wir sind eigentlich schon gar nicht fern vom Jahre 212, als die Differenzen zwischen Provinzen (Grundstücken) und streng genommen römischen Gebieten verschwinden werden.⁴⁴ Diesem außerordentlichen Schritt gingen

⁴³ Flume und sein Rezensent, W. Waldstein weisen darauf hin, daß das Gewohnheitsrecht vor allem in den Provinzen notwendig gewesen ist (a. W., S. 338.). So ist unserer Meinung nach auch die Tatsache kein Zufall, daß der überwiegende Teil des *titulus D. 1.3.* die Provinz betrifft. — Lombardi sagt zwar nur bezüglich der Zeit nach 212, daß „... possiamo immaginare una lunga tolleranza di compromessi e di deroghe.“ (*Sul titolo: quae sit longa consuetudo* (8.52.) nel *Codice Giustiniano* SDHI, 18., 1952. S. 38.); während Smiedel dies für die Zeit vor 300 u.Z. überhaupt verneint (a. W. S. 20. und 36.). Auch D. Nörr hält es für eine in den Provinzen zustandegekommene Institution, a. W., S. 6 und 83.

⁴⁴ Siehe M. Kaser: Rpr. II., S. 205.

andere Vergünstigungen von minderer Bedeutung voran, etwa als Zeichen der Gutgesinnheit, als Vorläufer der endgültigen, großzügigen Regelung.

Eine dieser nicht großzügigen Regelungen war die Praxis oder, besser gesagt, das Gewohnheitsrecht, welche(s) im allgemeinen die Aufrechterhaltung der Tatsachen, der existierenden Umstände ermöglichte.⁴⁵

5. — Es muß auch betont werden, daß die *praescriptio longae possessionis* gar kein Fachwort war, sondern nur eine schon existierende Sachlage bezeichnete (ebenso, wie in den Texten z.B. das Wort *vetustas* in erster Linie eine Sachlage, eine Tatsächlichkeit bezeichnet, und zwar hie und da der *consuetudo* gleichwertig ist, doch darf es nicht als ein Fachwort, ein *terminus technicus* des Gewohnheitsrechtes betrachtet werden). Nur beim Umschlag in die *praescriptio longi temporis* wird es ein Fachwort.⁴⁶

6. — Man muß noch etwas im Sinne behalten: die Anerkennung im gewohnheitsrechtlichen Wege der *longi temporis possessio* war — wie eigenartig und verwunderlich es auch laute — ein Vorläufer und Vorzeichen der Institution des *colonatus*, deren Verbreitung und Allgemeinwerden in der nächsten Zukunft stattgefunden hat.

Was ist nämlich das Wesen des *colonatus*? Wie verhielten sich Diocletianus und die anderen Kaiser vor- und nacher? Sie ließen die Gesellschaft des Römischen Reiches „einfrieren“. Diese Einfrierung der Gesellschaft ging aber nicht allein in sich vor, da die Ereignisse der Geschichte sehr komplex sind, was sich auch in diesem Falle zeigte.

Die Anerkennung der *praescriptio longae possessionis* hatte die selben Folgen, als die — am Anfang des IV. Jahrhunderts schon auch gesetzliche — Einführung der Berufs- und Ortsgebundenheit (im Falle der *coloni* der Erdbundenheit) sozialer Schichten. Die Macht hat dadurch die herrschenden Umstände anerkannt, frierte die obwaltenden Grundbesitzverhältnisse ein, fixierte die Benutzungsrechte: dies alles im Interesse des Reiches, der Besteuerung.

Ohne Zweifel ist das noch keine „echte“ *praescriptio*. Auch schon deshalb nicht, weil sie nicht von Oben gegeben, nicht durch einen Gesetzgebungsakt eingeführt worden ist, sondern dadurch, daß der Staat, in seinen

⁴⁵ Wir halten die Stellungnahme von Flume und seiner zahlreichen Vorfahrer, wie Smiedel, a. W., S. 19., J. A. C. Thomas: *Custom and Roman Law*, TR. 1963., S. 39., A. Schiller: *De consuetudine in iure Romano*, BIDR, 1938., S. 347., unbegründet, wonach die klassischen Rechtsgelehrten das Gewohnheitsrecht nicht als eine Rechtsquelle anerkannt hätten. Wir sind mit der entgegengesetzten und durch Quellen unterstützten Ansicht von Waldstein einverstanden (ang. W., S. 363 und 365.). Siehe diesbezüglich auch den letzten Satz des Fragments D. 21.1.31.20., die *lex Antonia de Termessibus* vom Jahre 71 v.u.Z., die Korrespondenz des Plinius jr. und Traianus (Buch 10., Briefe No. 114. und 115.), sowie die Verordnungen des Marcus Aurelius und Commodus über die Herbeischaffung der Kosten der Gladiatorenspiele, zwischen 176 und 178 (FIRA I. 49.). Auch hier lautet es: „... quae longa consuetudo confirmasset“. Übrigens ist neuerlich auch Bove der Meinung, daß das Gewohnheitsrecht schon den Klassikern wohlbekannt und durch sie in Betracht gezogen gewesen wäre (a. W., S. 134 und 176.). Siehe auch die Anerkennung bei Guarino und Nörr (*La consuetudine e Polonio*, Labeo, 1975., S. 68.).

⁴⁶ V. E. Pauli hat wahrscheinlich recht, als er meint, daß die Römer das lateinische Äquivalent (die *praescriptio*) einer griechischen Benennung auf eine schon existierende (unserer Meinung nach am gewohnheitsrechtlichen Wege zustandekommene) Institution angewandt hätten. — *Studi sul processo attico*, Padova, 1935., S. 120..

eigensten Interessen, diese Praxis toleriert hat. Wie es aus den Quellen hervorgeht, ist diese Situation, oder Sachlage, dieses Prinzip im II. Jahrhundert u.Z. (meistens im Laufe dessen zweiter Hälfte) auf gewohnheitsrechtlichem Wege im ganzen Reich anerkannt worden.⁴⁷

7. — Wird nun die Sache in einer analysierenden Weise betrachtet, so kann folgendes festgestellt werden:

Ohne Zweifel handelt es sich hier um eine *lange Dauer*, da diese Wörter auch in der Benennung „*longi temporis*“ beinhaltet sind.

Was das Allgemeinwerden anbelangt, weisen wir wiederum darauf hin, daß selbst Gaius nicht sicher war, ob diese Institution — sozusagen — weit und breit, d.h., im ganzen Reiche, oder nur in Italien benutzt worden wäre.

Die Verbindlichkeit der Regel kann durch folgende recht vernünftige Argumente bewiesen werden. Ganz einfach, und etwas vulgär: sie war für einen jeden günstig. Sie war günstig für die Eroberer, die Herrscher, also die Römer, da auf diese Weise die Grundstücke Eigentümer hatten, die Steuer bezahlten und — weil ihr Besitz nicht gestört wurde, — ruhig blieben und nicht revoltierten. Sie war aber auch für die Majorität, die neuen Besitzer günstig. Es gab nämlich nur wenige Eigentümer, die nach dem Ende der Kriegssaktionen, also zahlreiche Jahre später, bei der Stabilisation heimgekehrt und ihre Grundstücke gefordert hätten. Diese Majorität, die Neubesitzer haben die Vorteile dieser Institution genossen, da sie „ihre Grundstücke“ unbestört bebauen, dort Investitionen vornehmen, für die Zukunft arbeiten konnten. Nachdem die Interessen sich so begegnet hatten, hat sich die Institution auf gewohnheitsrechtlichem Wege eingebürgert.

Die an einem, vom Jahre 340 stammenden ägyptischen Papyrus uns überlieferte Prozeßschrift, welche sich auf die Verordnung gar nicht so alten Datums des Constantinus beruft, scheint das selbe zu sagen:

„... nescimus utrum (a praecedentibus dominis) *desertas*, an sibi cessas, possidebat, *qui earum culturam faciebat, fructusque in suum usum convertebat, proque eis sacratissimo fisco publica tributa pendebat.*“

Und da die früheren Eigentümer „*tributa earum arurarum nomine imposita solvere non possent, fugae usae sunt.*“ Quid ergo facere poterat praepositus pagi? Sane securitate suae et simul *publicis redditibus prospiciens*, in vicum progressus villicis aruras colendas dedit.⁴⁸

Und schließlich, da sie aufs empfindlichste, auf die Institution des Eigentums gerichtet war, mußte sie zweifellos *Recht beinhalten*. In der *longi temporis possessio* ist aber die Bedingung *usus* auch aufzufinden. Dadurch hat nämlich das Gewohnheitsrecht eine Tatsache, eine Sachlage anerkannt, eben weil diese so häufig vorgekommen ist und langanhaltend gewesen war; ganz abgesehen davon, daß die *possessio*, wie bewußt, ursprünglich (auch in der Zeit des Zwölftafelgesetzes) die Bedeutung *usus* hatte. Derzeit wurde dadurch die spätere, als *technicus* verstandene *possessio* bezeichnet.⁴⁹

⁴⁷ Schon bei S. Brie ist eine Quelle vom Mittelalter (Oldradus) zitiert, wonach „*consuetudo maximam habet vicinitatem cum praescriptione*“. — Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, Breslau, 1899, S. 136.

⁴⁸ FIRA, Neg. 101., siehe auch E. Seidl: *Iuristische Papyruskunde*, SDHJ 1939., S. 299.

⁴⁹ Wir wollen zur Frage keine Stellung nehmen, wann die *longi temporis possessio* eine Verjährung, Ersitzung oder etwas anderes bedeutet hat. Auch Partsch hält dies für ein beinahe unlösbares Diskussionsthema (a. W., S. 160.). Wir stellen aufgrund der Tatsachen einfach fest, daß hier gewohnheitsrechtlich eine Rechtsinstitution entstanden wäre, als ein Vorfahrer, eine erste Erscheinungsform der *ltp.*,

8. — Nun ist es ganz eindeutig geklärt, daß die aus der *longi temporis possessio* ausgewachsene *longi temporis praescriptio*, in ihrer schon erwähnten ersten, in Schrift überlieferten Form (s. Fußnote 36) die Bedeutung „Verjährung“ hatte, d.h., ein rein verteidigungsartiges verfahrensrechtliches Mittel und keine rechtsschaffende Ersitzung war.⁵⁰

Wird jedoch die Verordnung von Iustinianus vom Jahre 528 betrachtet (C. 7.39.8. pr.), so steht es klar, daß die *praescriptio* schon keine Verjährung mehr war, da der Besitzer jetzt schon „... posse ... etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere“, d.h., er hat durch Ersitzung ein Eigentum erworben, ihm steht nämlich eine *vindicatio* zu. Das wäre ja schon in Ordnung, es stellt aber sich die Frage, wann, und wie diese Wendung stattgefunden hat?

An der selben Stelle schreibt nämlich Iustinianus: „... hoc ... et veteres leges,⁵¹ si quis eas recte inspexerit, sanciebant“. In diesem Falle ist aber, meiner Meinung nach, wiederum das Gewohnheitsrecht zur Hilfe zu rufen. Bis Iustinianus sind nämlich nur von den II—III. Jahrhunderten solche Äußerungen bekannt, die auf eine Ersitzung hinzuweisen scheinen. Dies scheinen Frag. Arg. II. B., bzw. die überlieferten Teile desselben, zu bestätigen. Es ist kein Zufall, daß Ulpianus sich in dieser Hinsicht öfters eben auf Iulianus beruft, und dieser Umstand macht auch glaubhaft, daß der obige Text im ganzen oder teilweise frei von *interpolatio* sei.

Ebenso steht es in einem Fragment vom Anfang des III. Jahrhunderts (im Codex vom Jahre 226) folgendes: „... neque enim colono vel conductori praediorum longae possessionis praescriptio quaeritur“. Diese ist eine Äußerung, welche ausgedrückt auf Ersitzung hinweist, also einen Rechtserwerb vor Augen hält (C. 7.30.1.). Das selbe wird im großen und ganzen in der Verordnung C. 7.38.2.1. nach etwa hundert Jahren wiederholt.

Die dem nachfolgenden etwa dreihundert Jahre sind aber vergangen, ohne irgendeine schriftliche Spur der Regelung der Frage hintergelassen zu haben. Demzufolge kann wiederum nur gesagt werden, daß in dieser Zeit das Gewohnheitsrecht eine, die Natur der *praescriptio* verändernde Wirkung ausgeübt habe.⁵² Die „leges“ des Iustinianus dagegen sind nichts anderes, als die dazwischenliegende Rechtspraxis, das Gewohnheitsrecht.

sei sie als Verjährung oder Ersitzung betrachtet. Deren Qualifikation ist von unserem Standpunkt gesehen eine Nebenfrage, welche trotz der umfangreichen Literatur vielleicht auch noch heute nicht befriedigend beantwortet ist. Wir müssen zur selben Zeit wissen, daß die ltp. ursprünglich „nur“ eine Vermutung war. (Siehe Partsch, a. W., S. 118.; Bonfante: Corso II. 2., S. 213 und II. 1.431., sowie Fußn. 2., schließlich Peretyerskij, a. W., S. 60.)

⁵⁰ Wie sie Verjährung bedeutet so im P. S. 5. 5/a wie im Codex 2.18.8., vom Jahre 218.

⁵¹ In Novelle 9 steht auch im Zusammenhang mit der Ersitzung binnen 30 Jahren „antiqua iure“; diesbezüglich denkt Nörr nicht an das Gewohnheitsrecht (a. W., S. 98.)

⁵² Laut dem Standpunkt von Bonfante (ang. W., II. 2., S. 214.) konnte das Erwerbseffekt schon vor einer längeren Zeit zustande kommen. Voci teilt diese Meinung (a. W., S. 218.). Aber Codex 3.44.6 vom Jahre 224 zeigt z.B. einen Übergangscharakter, während die im Text angerufene Stelle C. 7.31 vom Jahre 226 einen entgegengesetzten. Die folgende Vergleichung scheint sehr anschaulich zu beweisen, daß die ltp. schon im II. Jahrhundert erschienen konnte. Fragment D. 12.2.13.1. sagt: „Iulianus ait eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem, etiam utilem actionem habere debere.“

Zweifellos hat sich dieser Text verschlimmert, wir halten jedoch das Erhal-

9. — In der weitere Entwicklung dieser Institution, kann eine interessante Rhythmik oder Periodizität festgestellt werden. Ganz eigenartig sind in der Entwicklung dieser Institution etwa alle hundert Jahre solche Ereignisse zu bemerken, welche dann entscheidend ihre weitere Entfaltung beeinflusst und ihre spätere Form und ihren späteren Inhalt bestimmt hatten.

Wie es schon erwähnt wurde, datiert sich die erste nachweisbare schriftliche Erscheinung der *ltp* von etwa 200 u.Z. Nach mehr als hundert Jahren ist die Verordnung des Constantinus veröffentlicht worden, welche einen Schutz für die 40-jährigen Ersitzungssituation, ohne *titulus* gewährt hat (Codex 7.39.2. pr. — vom Anfang des IV. Jahrhunderts.).⁵³

Demnach, wiederum nach Verlauf von etwa 100 Jahren,⁵⁴ wird die 30-jährige Verjährung durch Theodosius eingeführt, welche — von wenigen Ausnahmen abgesehen — alle Klagen betrifft (C. 7.39.3. — vom Jahre 424).

Die Entwicklung wird dann durch die im Jahre 528 veröffentlichte Verordnung des Iustinianus abgeschlossen. Diese stellt die nach Ablauf von 10, bzw. 20 Jahren rechtsschaffende, eine Ersitzung zur Folge habende Wirkung der *ltp*. eindeutig fest, und erteilt für den Fall des Ausfalles vom Besitz die *rei vindicatio*. Außerdem aber machte diese Rechtsnorm, durch die Erklärung des Ersitzers für Eigentümer, einen weiteren Schritt und erteilte den Schutz auch solchen Personen, bei denen zwar kein *titulus* bestand oder mindestens derselbe nicht zu suchen war, die aber über 30, bzw. 40 Jahre gutgläubig im Besitz gewesen waren (C. 7.39.8.1.).

10. — Fassen wir nun unsere Ergebnisse zusammen! Wo und inwieweit hat das Gewohnheitsrecht eine Rolle bei der Einführung dieser sehr wichtigen Änderungen gespielt?

Wie es gezeigt wurde, ist die *longi temporis possessio* zweifellos auf einem gewohnheitsrechtlichen Wege entstanden und nur am Ende dieses Weges, mit gewisser Einschränkung erhielt sie eine offizielle, „gesetzliche“ Abfassung in den schon erwähnten kaiserlichen Verordnungen und Entscheidungen.

Das Jahrhundert nach der Wendung der II. und III. Jahrhunderte war eine der verworrensten, gehetztesten, labilsten Epochen von Rom. Für diese Zeit gilt das Sprichwort „*inter arma silent musae*“ tatsächlich. In diesen Zeiten wäre es zweifellos im erhöhten Maße notwendig gewesen, seitens der

tene trotz der allgemeinen Beurteilung nicht unbedingt für interpoliert. (Siehe auch Partsch: a. W., S. 86. und ebendort Fußnote 1.) Vergleichen wir den Text mit Fragmenten D. 40.14.1 und ebendort 5! Keines erlaubt die *exceptio temporis*, bzw. *praescriptio temporis* gegen den *patronus*, trotz eines, in der Sache getroffenen rechtskräftigen Spruches entgegengesetzten Inhalts. In beiden letzteren Texten sind ebenso zwei Sachlagen zu finden, wie im ersten, und zwar die Ungültigkeit des rechtskräftigen Urteils, bzw. der *praescriptio* (*exceptio*) gegen die Anfechtung des *patronus*. Schließlich beinhaltet auch der erste Text ähnlicherweise so den Eid, wie die *praescriptio* (*longi*) *temporis*. Wenn man dazu noch die Äußerung des Paulus im Fragment D. 12.2.2. betrachtet, wonach „*iuramentum ... maioremque habet auctoritatem quam res iudicata*“, dann ist die Vergleichung wahrscheinlich wohl begründet und hilft unserer Meinung nach viel bei der Begründung unserer Ansicht. (Auf den Zusammenhang der *res iudicata* und der *ltp*. weist auch P.S. 5. 5/a. 8. hin.)

⁵³ Siehe auch die Prozessschrift darüber, vom Jahre 340 (FIRA, Neg. 101.)

⁵⁴ Die Verfügung der Stelle C. Th. 4.11.2. (vom Jahre 349) weist auf einen gewissen Übergang hin; diese macht den Richter aufmerksam, die Verordnung des Constantinus nicht streng zu interpretieren.

Zentralgewalt eine Ordnung zu schaffen und diese aufrechtzuerhalten. Das ist jedoch, infolge der tatsächlichen Umstände und Zustände einfach unmöglich gewesen.

Zur selben Zeit hat mit der Veröffentlichung der *Constitutio Antoniniana* eine gewaltige Wendung am gesellschaftlichen Gebiet stattgefunden: die Staatsbürger sind, prinzipiell, gleichberechtigt geworden. Damit haben auch die Grundstücke in den Provinzen ihre besondere Stellung verloren, somit ist es möglich geworden, an solchen Grundstücken ein Eigentumsrecht zu konstituieren. Es ist also kein Zufall, daß die sich ursprünglich „nur“ durch eine Verjährung geltend machende, also gewissermaßen passive ltp zu einer aktiven Ersitzung von rechtsschaffender Wirkung werden konnte. Wann, unter welchen Umständen dies stattgefunden hat, kann man nicht sagen: es stehen keine sichere Angaben zur Verfügung. Demzufolge kann man begründet, sozusagen mit sicherer Gewißheit voraussetzen, daß auch diese Wendung auf einem gewohnheitsrechtlichen Wege erfolgte. Es ist nämlich ganz logisch vermutlich, daß zur Zeit des Diocletianus, als es schon sicher möglich war, auch auf Grundstücken in den Provinzen ein Eigentumsrecht zu erwerben, damit parallel, oder demnach die bisher nur einen Schutz bietende ltp. sich in der Praxis, auf gewohnheitsrechtlichem Wege, zu einer Ersitzung umwandelte, also eine rechtserwerbende Wirkung gewonnen hat.⁵⁵

11. — Noch immer in Hinsicht der im Obigen erörterten Epoche: infolge der inneren Unruhen, Zwistigkeiten und Unsicherheiten, Bürgerkriege, usw. sind sehr viele Leute heimatlos geworden und waren gezwungen, ihr Heim, ihren Boden zu verlassen, wohin sie dann nimmer zurückgekehrt sind, sondern versuchten, anderstwo, an einem sichereren Orte, ein neues Heim zu gründen. Folglich ist der Vorgang begonnen, welcher sich in den späteren Jahrhunderten noch verstärkte und verallgemeinerte und schließlich durch die Institution des *patrocinium* schlecht oder recht aufgelöst wurde. Es handelt sich um das Hinterlassen der Böden. Diese Erscheinung mußte ins Ungemessene wachsen, da sie den Constantinus zu einem kaiserlichen Eingriff veranlaßt hatte.

Seine Zielsetzung war, das Bebauen der Länder durchaus zu sichern. Aber, wenn jemand ein verlassenes Grundstück „besetzt“ hat und anfang, es zu bebauen, damit hat er noch am selben gar kein Recht erworben. Grundsätzlich konnte es der frühere Eigentümer wann auch immer zurückfordern, es bestand sogar die Gefahr für den neuen Besitzer, seitens einer gewaltigeren Person vom Besitz ejiziert zu werden und wider diese nirgends einen Schutz zu bekommen.

Die ursprüngliche *usucapio* des römischen Rechtes und später die ltp. mit dem Zeitraum von 10, bzw. 20 Jahren waren kein Schutz dagegen, da für diese die Voraussetzungen der Ersitzung vorgeschrieben waren (u.a. auch der entsprechende *titulus*). Das römische Recht hat aber bis zu dieser Zeit keinen solchen *titulus* gehabt, wie die Besetzung eines „vermutlich“ verlassenen Grundstückes. Das war keine Besetzung, da ein Grundstück prinzipiell nicht verlassen gewesen sein mag, und es ohnehin bekannt ist, daß erst Iustinianus einen putativen *titulus* für genügend zur Ersitzung deklariert hatte.

Deshalb hatte Constantinus die Ersitzung eines Grundstückes nach Ablauf von 40 Jahren, auch ohne irgendeinen *titulus*, erlaubt. Dies war zwar

⁵⁵ So auch Nörr, a. W., S. 102., und ebendort Fußnote 41.

eine sehr bedächtige Lösung; doch hat in großem Maße zur Regelung der eigentumsrechtlichen Lage der Bodenfragen beigetragen.

12. — Nach hundert Jahren folgt ein weiterer Schritt: Theodosius erläßt seine Verordnung über die Verjährung aller Klagen binnen 30 Jahren. Diese Verordnung ist gewissermaßen mutiger und fortgeschrittener, als diese des Constantinus. Sie erstreckt sich nämlich nicht nur auf die sog. dinglichen Rechte, in rem actiones, sondern, wie es lautet: „Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur“ (C. 7.39.3. pr.).

Der Umfang und das Anwendungsgebiet dieser Verordnung war also wesentlich breiter, als dieselben der des Constantinus. Doch zur selben Zeit ist die des Constantinus fortgeschrittener, wirkungsvoller und bedeutungsvoller, da sie nicht nur einen Schutz, nicht nur eine Möglichkeit der Abwehr von Angriffen darbietet, sondern auch einen Rechtserwerb, die Ersitzung sichert. Und das ist eine sehr wichtige Differenz, die vielleicht den Vorteilen der Verordnung des Theodosius gleichgestellt werden dürfte.

Das Leben aber blieb nicht stehen. Es erwies sich, daß die von Constantinus festgestellten 40 Jahre eine allzu lange Zeit darstellen. Nicht nur sozusagen in Quantität, sondern auch in der Hinsicht, daß — besonders in den älteren Zeiten, also in diesem Falle vor etwa 1500 Jahren — die Sterblichkeit viel höher war; die Leute lebten in allgemeinen eine viel kürzere Zeit und das sog. Menschenalter hat 30 Jahre gewöhnlich nicht überschritten.⁵⁶ Dies war das Alter, welches die Majorität der Menschen erreichte und auch die Zeitdauer, welche ihr Gedächtnis schlecht oder recht umfassen konnte. Dies war ungefähr die Zeitdauer eines Generationenwechsels. Es war also ein ganz logischer Schritt, die von Constantinus festgestellte Dauer von 40 Jahren zu verkürzen.

Dies fand auch statt, auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes.⁵⁷ Es kam, wie gerufen, die 30-jährige Zeitdauer der die Verjährung regelnden Verordnung des Theodosius. Sicher hatten die die Verordnung vorbereitenden Verfasser erwägt, daß zur Verjährung 30 Jahre ausreichten. Und wenn diese Zeitdauer zur Verjährung genügte, dann konnte auch bei der „außerordentlichen Ersitzung“ statt der Dauer von 40 Jahren des Constantinus eine von 30 Jahren, wie durch Theodosius bestimmt, angewandt werden. Nach dem Erlaß des Theodosius hat sich also die Tendenz verstärkt, welche schon wahrscheinlich vor dieser Verordnung hie und da in Spuren aufzufinden war.⁵⁸ Zur Ersitzung waren nicht mehr 40 sondern nur 30 Jahre erfordert und — es scheint — auch die Gutgläubigkeit war eine Voraussetzung.⁵⁹

Diese Praxis wurde schließlich durch Iustinianus angenommen.⁶⁰ Sie hat sich gut bewährt, ist durch das Gewohnheitsrecht eingeführt worden⁶¹, hat

⁵⁶ Siehe E. Levy: *Die nachklassische Ersitzung*, BIDR, 51—52 (1948), S. 364.

⁵⁷ Im großen ganzen ist auch Levy dieser Meinung, aber er beruft sich nicht auf das Gewohnheitsrecht, sondern auf das vulgäre Recht. (*West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, S. 184., und die in Fußnote 56 erwähnte Arbeit, S. 361.)

⁵⁸ Auch nach der Meinung von M. Amelotti (*La prescrizione delle azioni in diritto romano*. Milano, 1958, S. 204.)

⁵⁹ Auf die Letztere weist auch Bonfante hin (a. W., II. 2. S. 272., und ebendort Fußnote 6.); er ist der Meinung, daß eine Ersitzung ohne Gutgläubigkeit auch schon vor der Zeit des Iustinianus nicht möglich gewesen wäre.

⁶⁰ Abgesehen von einigen Ausnahmefällen, für welche eine Ersitzungszeit von 40 Jahren gültig geblieben ist; das kommt auch von der Überschrift des titulus C. 7.39. hervor („De praescriptione XXX vel XL annorum“).

so den rechtspolitischen, wie auch den gesellschaftlichen und biologischen Erfordernissen und Erwartungen entsprochen. So hat Iustinianus keine Bedenken gehabt, auch in einem Erlaß festzulegen, daß die Gutgläubigkeit und ein Besitz von 30 Jahren Eigentum zur Folge hätten.⁶² Und im wesentlichen ist dies alles durch die Einwirkung des Gewohnheitsrechtes geschehen.

13. — Bezüglich dieser Tätigkeit des Iustinianus muß man die Aufmerksamkeit auf ein sehr interessantes Moment richten.

Besichtigt man die Bestimmungen des etwa 100 Jahre vor der Kodifikation des Iustinianus erlassenen Codex Theodosianus, so kann man feststellen, daß der Letztere sich sehr oft auf die *vetustas*, die *consuetudo* beruft, weit öfters, als es die Digesten tun. Das ist schon in sich merkwürdig.

Noch auffälliger ist es aber, wenn die Bestimmungen, die Iustinianus mit der Vermittlung des Codex Theodosianus übernommen hat, mit den originellen verglichen werden. Man kann feststellen, daß bei Iustinianus die sich auf die *vetustas* oder *consuetudo* beziehenden Bemerkungen oft fehlen.⁶³ Zweifellos wollte Iustinianus den bisherigen häufigen gewohnheitsrechtlichen Regelungen ein Ende bereiten und deshalb hat er in seinen Gesetzbüchern den Verweis auf das Gewohnheitsrecht möglichst unterlassen. Das ist verständlich, denn eine Bestimmung, die in ein Gesetzbuch aufgenommen worden ist, hat durch diese Aufnahme aufgehört Gewohnheitsrecht zu sein.

IV.

Wie es aus den Obigen hervorgeht, wurde die *ltp.* von dem Gewohnheitsrecht zweimal stark beeinflusst. Zum ersten Male — durch Anerkennung der *longi temporis possessio* — eröffnete es den Weg zur offiziellen Annahme derselben, also zur sog. *longi temporis praescriptio* (auch mit gewisser Funktionsänderung verbunden!)

Das zweite Mal geschah es einige hundert Jahre später, als bei der außerordentlichen Ersitzung nach 40 Jahren, wie es von Constantinus festgesetzt worden ist, die Frist — der theodosianischen Verjährung ähnlich — zu 30 Jahren herabgesetzt wurde. Damit wurde der offiziellen Rechtsschaffung (Iustinianus) die Möglichkeit gegeben, dieses Produkt, diese Reform des Gewohnheitsrechtes anzueignen.

⁶¹ Das ist ja schon im vor der Zeit des Iustinianus erlassenen *Edictum Theodorici* zu finden (69), sowie auch in der Verordnung des Valentinianus III (vom Jahre 452).

⁶² Wie es Nörr bemerkt, hat Iustinianus oft — unserer Meinung nach sehr wohlweisig — die frühere Entwicklung in Betracht gezogen; a. W., S. 84.

⁶³ Zum Beispiel: C. Th. 8.5.34.3. = C. 12. 50.7., 6.23.4.1. = 12.16.3.3.; zwar es gibt, *ausnahmsweise*, auch Beispiele des Entgegengesetzten (C. Th. 9.38.6. = C. 1.4.3., die aber eine *strafrechtliche* Bestimmung ist).